

A Proibição da Progressão de Regime na Lei dos Crimes Hediondos (Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90) e o Princípio da Individualização da Pena: a Nova Visão do Supremo Tribunal Federal

FERNANDO CAPEZ

Promotor de Justiça em São Paulo; Professor de Direito Penal e Processual Penal do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

A proibição da progressão de regime, prevista no art. 2º, § 1º, da LCH, fere o princípio da individualização da pena, contido no art. 5º, XLVI, da CF?

Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI), uma vez que o próprio constituinte autorizou o legislador a conferir tratamento mais severo aos crimes definidos como hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e à tortura, não excluindo desse maior rigor a proibição da progressão de regime. Tratamento mais severo é aquele que implica em maior, e não igual severidade. Trata-se de mandamento superior específico para esses crimes, que deve prevalecer sobre o princípio genérico da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). O condenado pela prática de crime hediondo, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes teve direito à individualização na dosimetria penal, nos termos do art. 68 do CP, ficou em estabelecimento penal de acordo com seu sexo e grau de periculosidade e, ainda por cima, tem a possibilidade de obter livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena. Não se pode, à vista disso, considerar violado referido princípio, principalmente quando o mesmo é restringido para atendimento de regra mais específica (CF, art. 5º, XLIII), bem como para evitar a proteção insuficiente de bens jurídicos a que o constituinte se obrigou a defender no *caput* desse mesmo art. 5º, quais sejam, a vida, o patrimônio e a segurança da coletividade. Por outro lado, nem de longe se pode acoimar de “cruel” o cumprimento de uma pena no regime fechado, sem direito a passagem para a colônia penal agrícola ou a liberdade plena (caso do regime aberto, na forma como se processa na prática),

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 2, n. 12, jun./jul. 2006.

na hipótese de latrocidias, homicidas, seqüestradores, estupradores, traficantes de drogas *etc.* Do mesmo modo, não consta em nenhuma passagem do Texto Constitucional que o legislador inferior não possa estabelecer regras mais rigorosas para o cumprimento da pena em delitos considerados pelo próprio constituinte como de grande temibilidade social. Finalmente, o princípio da dignidade humana possui uma tamanha amplitude que, levado às últimas conseqüências, pode autorizar o juízo de inconstitucionalidade até mesmo do cumprimento de qualquer pena em estabelecimento carcerário no Brasil, o que torna necessário impor limites à sua interpretação, bem como balanceá-la com os interesses da vítima e da sociedade. Nesse sentido, ainda se posiciona o STJ de maneira reiterada. O STF, no entanto, que também mantinha posicionamento pacífico nessa mesma linha, em julgamento inédito, por 6 votos a 5, na sessão de 23.02.06, ao apreciar o HC 82.959, mudou a sua orientação e reconheceu, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por entender o Plenário que o mencionado dispositivo legal fere o princípio da individualização da pena, da dignidade humana e da proibição de penas cruéis. Ressalve-se que essa orientação permissiva não vincula juízes e tribunais, os quais podem decidir de maneira diferente, nada impedindo aos magistrados que vedem a progressão de regime com base no mencionado dispositivo legal, por reputá-lo constitucional. De qualquer modo, mesmo para aqueles que seguirem nova linha e considerarem inconstitucional o dispositivo, será possível negar a progressão quando o sentenciado não tiver bom comportamento ou não preencher algum requisito exigido pela LEP, pois o fato de o condenado ter direito à progressão não o dispensa do preenchimento de todas as exigências legais. O efeito da decisão é *ex nunc*, sem retroagir, o que não dará aos condenados que já cumpriram suas penas integralmente no regime fechado direito a indenização por eventual abuso na execução da pena, de acordo com ressalva feita expressamente pelo Pleno.

Convém lembrar que essa decisão do STF levará ao cancelamento da Súmula 698, segundo a qual “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.¹

A nova orientação permissiva da progressão de regime para delitos hediondos e assemelhados apenas confirma recentes entendimentos anteriores do Pretório Excelso no sentido de abrandar o rigor dos dispositivos da Lei nº

1 Quando a Súmula foi editada, o STF posicionava-se no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, só permitindo a progressão de regime para o crime de tortura, por força do art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, sem estender o benefício aos crimes hediondos, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes.

8.072/90, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou da concessão de *sursis*. Nesse sentido, STF, HC 84928/MG,² 1ª T., Rel. Min. Cezar Peluso, J. 27.09.05, DJ 11.11.05, p. 00029: “[...] nenhuma é a pertinência de cogitar do teórico regime fechado de execução como óbice à substituição já operada. Noutras palavras, se já não há pena privativa de liberdade por cumprir, a só previsão legal de cumprimento dela em regime fechado não pode retroverter para atuar como impedimento teórico de sua substituição por outra modalidade de pena que não comporta a idéia desse regime”. O mesmo entendimento foi adotado pelo STF na concessão de *sursis* aos crimes hediondos e assemelhados (STF, HC 70.998, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e HC 94.414, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 14.09.04).

2 No mesmo sentido: O Relator Ministro Gilmar Mendes, no HC 85894/RJ, de 30.11.05, concedeu o *writ* para que, afastada a proibição, em tese, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, o Tribunal *a quo* decida fundamentadamente acerca do preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP, em concreto, para a substituição pleiteada. Acompanharam o voto do Relator os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Marco Aurélio. Em divergência, o Ministro Joaquim Barbosa, acompanhado pelos Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, denegou a ordem, invocando o entendimento perfilhado no julgamento do HC 83627/SP (DJU 27.02.04) pela impossibilidade da substituição da pena, tendo em conta o disposto na Lei nº 8.072/90. O julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Carlos Britto.